Raad van State

....

No.W04.15.0089/I 's-Gravenhage, 10 juni 2015

Bij Kabinetsmissive van 30 maart 2015, no.2015000536, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Wonen en Rijksdienst, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit houdende nieuwe nadere regels betreffende toegelaten instellingen en regels betreffende wooncoöperaties (Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015), met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit geeft uitwerking aan de Woningwet zoals deze luidt na inwerkingtreding van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het ontwerpbesluit vast te stellen, maar acht op onderdelen een dragende motivering of aanpassing van het voorstel aangewezen. Op de door de Minister voor Wonen en Rijksdienst gestelde vraag met betrekking tot het uitvoeren van een markttoets bij een voornemen van een toegelaten instelling tot het verrichten van herstructureringsactiviteiten die niet behoren tot de diensten van algemeen economisch belang, kan de Afdeling geen definitief antwoord geven. Hoewel de Afdeling niet is gebleken van zwaarwegende juridische gronden die dwingen om met betrekking tot de markttoets grond in voortdurende erfpacht gelijk te stellen aan grond in eigendom, ontbreekt vooralsnog de argumentatie waaruit blijkt dat voor het wettelijk onderscheid in behandeling in het licht van de doelen van de regeling redelijke en objectieve gronden bestaan.

1. Afzien van markttoets in geval van erfpacht

Ingevolge de Woningwet[1] zijn voornemens voor door toegelaten instellingen of samenwerkingsvennootschappen te verrichten werkzaamheden op het gebied van de volkshuisvesting die niet behoren tot de diensten van algemeen economisch belang (DAEB), behoudens in bij algemene maatregel van bestuur bepaalde gevallen, onderworpen aan goedkeuring van de minister.[2] Daartoe dient eerst door de colleges van burgemeester en wethouders van de gemeente waar de toegelaten instelling feitelijk actief is een markttoets te worden uitgevoerd, behoudens in bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen.[3] Deze markttoets hoeft ingevolge het ontwerpbesluit niet te worden uitgevoerd, indien de niet-DAEB activiteiten bestaan uit herstructurering die plaatsvindt op grond die de toegelaten instelling voor 1 januari 2015 heeft verworven.[4]

De Eerste Kamer heeft op 17 maart 2015 de motie De Boer aangenomen die de regering verzoekt in het besluit op te nemen “dat de uitzondering op de markttoets die gemaakt wordt ten aanzien van grond in eigendom van corporaties ook gaat gelden voor grond die zij op basis van voortdurende erfpacht bezitten”.[5] Gezien het feit dat in

[1] Hier wordt uitgegaan van de bepalingen van de Woningwet, zoals deze na inwerkingtreding van Herzieningswet toegelaten instellingen Volkshuisvesting en de wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (de novelle) komt te luiden.
[2] Artikel 44c, eerste lid, Woningwet.
[3] Artikel 44c, eerste lid, onderdelen b, c en d, Woningwet.
[4] Artikel 40.
[5] Kamerstukken I 2014/15, 32 769, F.

AAN DE KONING

de Tweede Kamer een meerderheid heeft aangegeven geen uitzondering op de markttoets te wensen op grond die toegelaten instellingen op basis van een erfpachtcontract in beheer hebben, heeft de regering de motie De Boer niet in het ontwerpbesluit verwerkt. De Minister vraagt thans de Afdeling in haar advies uit te spreken of er zwaarwegende juridische gronden zijn om in dit geval een contract tot voortdurende erfpacht gelijk te stellen aan eigendom. Aan de hand hiervan kan de regering beoordelen of er, naast de uitzondering voor een markttoets voor herstructureringsactiviteiten op eigen grond van toegelaten instellingen, ook een uitzondering voor herstructureringsactiviteiten op hun grond in voortdurende erfpacht moet gelden.

De Afdeling merkt hierover het volgende op. Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken.[6] De erfpacht is gebaseerd op een akte van vestiging. Voor zover niet in de akte van vestiging anders is bepaald, heeft de erfpachter hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar.[7] Erfpacht kan door de erfpachter worden overgedragen. In de akte van vestiging kan evenwel worden bepaald dat hiervoor de toestemming van de eigenaar nodig is.[8]

Wat betreft de duur van de erfpacht worden in verschillende steden verschillende systemen gehanteerd. Eén van die systemen is de voortdurende erfpacht. In het systeem van voortdurende erfpacht geschiedt de uitgifte van erfpacht voor onbepaalde tijd, maar wordt de rechtsverhouding opgedeeld in tijdsvakken, van bijvoorbeeld 50 jaar. In de vestigingsvoorwaarden wordt bepaald op welke wijze de erfpacht veranderd kan worden. Vaak is bepaald dat bij het einde van het tijdvak de eigenaar een voorstel doet voor aanpassing van de canon en de toepasselijke algemene voorwaarden. De erfpachter kan vervolgens akkoord gaan met de voorgestelde aanpassingen of maakt gebruik van de in de algemene voorwaarden opgenomen mogelijkheid om de erfpacht op te zeggen.[9]

Een erfpacht kan door de eigenaar worden opgezegd, indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen of in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen.[10] Daarnaast kan in de akte van vestiging de eigenaar de bevoegdheid worden toegekend tot opzegging wegens andere redenen.[11] In de algemene bepalingen die gemeenten hanteren wordt wel bepaald dat de erfpacht kan worden beëindigd om redenen van algemeen belang. In de literatuur wordt echter betoogd dat deze bepaling niet kan worden toegepast, omdat deze de werking van de Onteigeningswet op onaanvaardbare wijze zou doorkruisen.[12] Mogelijk kan het daarom voor een gemeente lastig zijn om – met het oog op een voorgenomen herstructurering – erfpacht op te zeggen.

---

6 Artikel 5:85 BW.
7 Artikel 5:89, eerste lid, BW.
8 Artikel 5:91, eerste lid, BW.
9 F.J. Vonck, De flexibiliteit van het recht van erfpacht, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2013, blz. 207.
10 Artikel 5:87, eerste lid, BW
11 Artikel 5:87, derde lid, BW.
12 F.J. Vonck, De flexibiliteit van het recht van erfpacht, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2013, blz. 107-108.

Gelet op bovenstaande kenmerken verschilt de rechtsfiguur van erfpacht van die van eigendom. Dat neemt echter niet weg dat de woningcorporatie die de grond in voortdurend erfpacht heeft, in de hier aan de orde zijnde situatie, evenals de woningcorporatie die de grond in eigendom heeft, een sterke rechtspositie heeft. De erfpacht kan door de gemeente die het (blote) eigendom heeft van de grond, moeilijk eenzijdig worden gewijzigd of worden opgezegd en de woningcorporatie kan niet worden gedwongen de erfpacht te vervreemden. Een woningcorporatie die grond in voortdurende erfpacht heeft, heeft kortom een rechtspositie die op relevante punten vergelijkbaar is met die van grond in eigendom.

Vervolgens rijst de vraag of de verschillen tussen herstructurering van grond in eigendom en herstructurering van grond in voortdurende erfpacht van dien aard zijn dat deze – wat betreft het moeten uitvoeren van een markttoets – niettemin een wettelijk onderscheid in behandeling rechtvaardigen, dan wel of de overeenkomsten daartussen voor de positie van de rechthebbenden in het licht van de doelen van de regeling nopen om beide rechtsfiguren gelijk te behandelen.

De Afdeling stelt vast dat de wetgever in de wet noch in onderhavige regeling een onderscheid maakt tussen woningcorporaties die eigenaar zijn en die erfpachter zijn. Ook met betrekking tot het uitvoeren van de markttoets, maakt de wetgever geen onderscheid tussen grond in eigendom en grond in erfpacht. Alleen met betrekking herstructureringsactiviteiten wordt op grond van amendering in de Tweede Kamer thans een onderscheid gemaakt in die zin dat alleen herstructureringsactiviteiten op eigen grond worden uitgezonderd. Getoetst moet derhalve worden of de verschillen tussen herstructurering van grond in eigendom en herstructurering van grond in voortdurende erfpacht van dien aard zijn dat deze – wat betreft het moeten uitvoeren van een markttoets –een wettelijk onderscheid in behandeling rechtvaardigen. Daarvan is sprake als voor dat onderscheid in het licht van de doelen van de regeling redelijke en objectieve gronden bestaan.

Bij het maken van onderscheid in het kader van sociaal of economisch beleid is de beoordelingsmarge die de wetgever ter zake heeft in het algemeen ruim. In de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt de keuze van de wetgever dan ook in beginsel gerespecteerd, tenzij deze evident van elke redelijke grond is ontbloot (‘manifestly without reasonable foundation’).[13]

Hoewel de Afdeling niet is gebleken van zwaarwegende juridische gronden die dwingen om met betrekking tot de markttoets grond in voortdurende erfpacht gelijk te stellen aan grond in eigendom, ontbreekt vooralsnog de argumentatie op grond waarvan het gemaakte onderscheid in het licht van de motieven van de uitzondering voor herstructurering van grond in eigendom, de hier bedoelde toets van het EHRM kan doorstaan.

Bij de behandeling van de wijziging van de Herzieningswet en het ontwerpbesluit heeft de Minister een begin van een motivering gegeven die berust op de verschillen tussen de twee rechtsfiguren en de constatering dat in het geval van voortdurende erfpacht het gewijzigd gebruik van de grond kan leiden tot een nieuw of aangepast contract met

---

[13] Zie in dit verband EHRM, Stec en anderen tegen Verenigd Koninkrijk, arrest van 12 april 2006, nrs. 65731/01 en 65900/01 (ww.echr.coe.int).

een nieuwe canon.[14] Gelet op het de kenmerken van de figuur van erfpacht zal dit zeker niet steeds het geval zijn en bovendien laat dit onverlet dat ook dan een marktoets waarbij de positie van de erfpachter vergeleken moet worden met die van andere gegadigden die deze grond eerst van hem in erfpacht moeten verwerven even moeilijk is als bij eigendom. Die motivering is vooralsnog dan ook nog niet toereikend.

Indien de regering de gelijkstelling in deze van grond in eigendom en in erfpacht afwijst, zal de toelichting op het ontwerpbesluit de argumenten waarop dit berust moeten bevatten mede in het licht van het feit dat overigens geen onderscheid wordt gemaakt tussen grond in eigendom en grond in erfpacht.

2. Overeenstemming met het EU recht

De Europese Commissie en de Nederlandse autoriteiten hebben lange tijd overleg gevoerd onder welke voorwaarden de Europese Commissie het Nederlandse stelsel van volkshuisvesting in overeenstemming acht met de Europese staatsteunregels. Dit heeft geresulteerd in een besluit van 15 december 2009.[15] Met de gewijzigde Woningwet[16] en het ontwerpbesluit wordt beoogd de nationale bepalingen inzake het volkshuisvestingbeleid in overeenstemming te brengen met de Europeesrechtelijke bepalingen inzake staatssteun.

Wat betreft de relatie met het recht van de Europese Unie[17] wijst de Afdeling er op dat een inleidende paragraaf ontbreekt waarin op systematisch wijze wordt ingegaan op de overeenstemming van het ontwerpbesluit met de relevante bepalingen van het recht van de Europese Unie. Het gaat hierbij meer concreet om de toepassing van artikel 106, tweede lid, van het VWEU.[18] Deze verdragsbepaling bevat het kernbegrip van het ontwerpbesluit, namelijk “diensten van algemeen economisch belang”. Wat onder DAEB-taken moet worden verstaan - en daarmee samenhangend wat “niet-DAEB-taken” zijn - wordt uitgewerkt in het besluit van de Commissie van 20 december 2011 (hierna: besluit van 20 december 2011).[19] Dit laatstgenoemde besluit komt in de plaats van de beschikking van de Commissie van 28 november 2005[20], die in het besluit van 15 december 2009 werd toegepast.

---

[14] Kamerstukken II 2014/15, 32 847, nr. 155, blz. 23. Zie tevens Kamerstukken I 2014/15, 33 966, M, blz. 10.

[15] EC-Besluit C (2009) 9963 van 15 december 2009. Steunmaatregelen nr. E 2/2005 en N 642/2009 – Nederland. Bestaande steun en bijzondere projectsteun voor woningcorporaties.

[16] Wijziging als gevolg van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (Stb. 2015, 145) en de Wet van 20 maart 2015 tot wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (Stb. 2015, 146).

[17] Ook in het advies van de Afdeling over de novelle heeft de Afdeling aangegeven dat er in de toelichting een paragraaf ontbrak waarin op systematische wijze werd ingegaan op de overeenstemming van dat wijzigingsvoorstel met het Europese recht. Kamerstukken II 2013/14, 33 966, nr.4, blz. 2.

[18] Voorheen artikel 86, tweede lid, van het EG-Verdrag.

[19] Besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen, 2012/21/EU, PbEU 2012 L7.

[20] Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 houdende de toepassing van artikel 86, lid 2 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend. 2005/842, PbEU 2005 L 312.

In het besluit van 15 december 2009 stelde de Commissie vast dat de bestaande steun inzake het Nederlandse stelsel van volkshuisvesting niet langer verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. ‘Om ervoor te zorgen dat de steun in de toekomst verenigbaar is heeft de Commissie een aantal wijzigingen in de bestaande wetgeving met de Nederlandse autoriteiten besproken en heeft zij vervolgens dienstige maatregelen aanbevolen.’[21] De Nederlandse autoriteiten hebben toegezegd het stelsel te zullen wijzigen overeenkomstig de verzoeken van de Commissie. De diensten van de Commissie hebben de Nederlandse autoriteiten verzocht de Commissie in kennis te stellen van de nationale wetgevingsinstrumenten die zij vaststellen, en de Nederlandse autoriteiten hebben hiermee ingestemd.[22]

Gelet op het voorgaande acht de Afdeling het noodzakelijk dat in de toelichting expliciet wordt aangegeven wat de reactie van de Commissie is op de beide wetten van 20 maart 2015 en op het ontwerpbesluit.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te passen.

3. <u>Complexiteit</u>

a. Toegankelijkheid

De Afdeling merkt op dat het ontwerpbesluit (erg complex en) moeilijk toegankelijk is. Dit wordt in het bijzonder veroorzaakt door het grote aantal (door)verwijzingen – soms binnen eenzelfde artikel – naar de Woningwet, artikelen van het ontwerpbesluit en andere wetgeving. Hierdoor zijn veel artikelen van het ontwerpbesluit niet zelfstandig leesbaar of is de strekking daarvan moeilijk te doorgronden.[23]

Daarbij is de toelichting op het ontwerpbesluit vaak summier[24] of ontbreekt deze in het geheel.[25] Dit klemt te meer nu door de totstandkoming van de Herzieningswet, die uiteenvalt in een Herzieningswet en een novelle, de gedachte achter sommige

---

[21] Overweging 104.

[22] Overweging 105.

[23] Zie bijvoorbeeld artikel 54 van het ontwerpbesluit:
‘1. De toegelaten instelling geeft bij het aangaan van overeenkomsten van huur en verhuur met betrekking tot haar woongelegenheden, bedoeld in artikel 47, eerste lid, onderdelen b en c, van de wet, in de gevallen dat het huishoudinkomen hoger is dan de betrokken inkomensgrens, genoemd in artikel 16, eerste lid, voorrang aan huishoudens overeenkomstig een huisvestingsverordening als bedoeld in artikel 4 van de Huisvestingswet 2014, indien een zodanige verordening van toepassing is, en vervolgens aan:
a. huishoudens voor welke de voorziening in de behoefte aan huisvesting dringend noodzakelijk is uit het oogpunt van gezondheid, veiligheid, sociale factoren, overmacht of calamiteiten;
b. huishoudens die woongelegenheden met elkaar ruilen en
c. degenen die ingevolge artikel 266 lid 1 of 267 lid 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek medehuurder van de betrokken woongelegenheid waren en de overeenkomst van huur en verhuur voortzetten overeenkomstig artikel 266 lid 3, 267 lid 6 of 268 lid 1 van dat boek.
2. Na het geven van voorrang overeenkomstig het eerste lid houdt de toegelaten instelling bij het aangaan van overeenkomsten van huur en verhuur met betrekking tot haar woongelegenheden, bedoeld in artikel 47, eerste lid, onderdelen b en c, van de wet, in de gevallen dat het huishoudinkomen hoger is dan de betrokken inkomensgrens, genoemd in artikel 16, eerste lid, de volgorde aan die voortvloeit uit het daarover door haar vast te stellen beleid.’
Andere voorbeelden zijn de artikelen 39, 43, eerste lid, 53, 54 en 63.

[24] Zie bijvoorbeeld de toelichting op de eisen inzake de geschiktheid en betrouwbaarheid (paragraaf 2.3 van de toelichting) of de toelichting bij de informatie-uitwisseling tussen de raad van toezicht en de minister (paragraaf 2.4).

[25] Zo ontbreekt een artikelsgewijze toelichting op de artikelen 13, derde lid, 15, 39, 44, 66, 67 en 96.

wetsartikelen moeilijk is terug te vinden. Een goede toelichting bij het ontwerpbesluit had de systematiek en achtergrond van de wettelijke regeling kunnen verhelderen. Daarvan is thans geen sprake. In het licht hiervan plaatst de Afdeling vraagtekens bij de praktische toepassing van de onderhavige regelgeving. Ook in de consultatie is op dit probleem gewezen, doch dit heeft niet tot substantiële aanpassingen geleid.

b. Groot aantal delegatiegrondslagen

Omdat het ontwerpbesluit een groot aantal grondslagen kent voor het stellen van (nadere) regels, ligt het in de verwachting dat de complexiteit van de wettelijke regeling alleen maar zal toenemen. In dit verband wijst de Afdeling er op dat delegatie aan een minister van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften wordt beperkt tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.[26] Bij een aanzienlijk deel van de onderhavige grondslagen lijkt dit uitgangspunt niet in acht te zijn genomen.[27]

c. Inwerkingtreding van het ontwerpbesluit

Zoals de Afdeling hiervoor heeft opgemerkt, heeft de Europese Commissie bij besluit van 15 december 2009 bepaald onder welke voorwaarden zij het Nederlandse stelsel van volkshuisvesting in overeenstemming acht met de Europese staatssteunregels. In overweging 41 van dit besluit heeft de Commissie verklaard: „[D]e Nederlandse autoriteiten [hebben] toegezegd het functioneren van woco's en de gunstige maatregelen voor deze corporaties te zullen wijzigen. Voor een aantal van de voorgenomen wijzigingen hebben de Nederlandse autoriteiten een ontwerpregelgeving aan de Commissie voorgelegd. De nieuwe regels zullen bij een nieuw ministerieel besluit per 1 januari 2010 worden ingevoerd. Op 1 januari 2011 wordt een nieuwe woningwet van kracht. [...]."

Met de Herzieningswet en het ontwerpbesluit wordt beoogd de nationale bepalingen inzake het volkshuisvestingbeleid in overeenstemming te brengen met het besluit van 15 december 2009 en daarmee te voldoen aan de Europeesrechtelijke bepalingen inzake staatssteun. De Afdeling realiseert zich dat het besluit van de Europese Commissie van 15 december 2009 Nederland noopt tot een definitieve implementatie van de daarin vastgelegde afspraken.

Inwerkingtreding van de Herzieningswet en de daarop gebaseerde regelingen op een later tijdstip dan 1 juli 2015 is, gelet op deze verplichtingen, dan ook ongewenst. Dat laat onverlet, zoals hiervoor is opgemerkt, dat de verwijzingen en delegatiegrondslagen

---

[26] Aanwijzing 26 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

[27] Ter illustratie wijst de Afdeling op artikel 29, vierde lid, van het ontwerpbesluit:
'1. De waardering, bedoeld in artikel 35, tweede lid, van de wet, vindt plaats tegen de marktwaarde, en onder gebruikmaking van een berekeningssystematiek door middel waarvan de toekomstige inkomende en uitgaande kasstromen contant worden gemaakt naar het heden.
[…]
4. Bij ministeriële regeling worden nadere voorschriften gegeven omtrent de toepassing van dit artikel, welke voorschriften kunnen afwijken van het eerste, tweede en derde lid of voor bij die regeling te bepalen categorieën van toegelaten instellingen verschillend kunnen worden vastgesteld, een en ander met het oog op het bewerkstelligen van een goede verhouding tussen de lasten voor toegelaten instellingen om te komen tot de waardering, bedoeld in artikel 35, tweede lid, van de wet, en een goede uitvoering van het toezicht.'
Andere voorbeelden zijn artikel 31, tweede lid, 41, tweede lid, 59, vijfde lid, en 61, tweede lid.

in het ontwerpbesluit zouden moeten worden verminderd en dat het ontwerpbesluit van een adequate en meer volledige toelichting zou moeten worden voorzien. Het zal echter niet goed mogelijk zijn om voor 1 juli 2015 alle genoemde aanpassingen te verrichten.

De Afdeling adviseert daarom het ontwerpbesluit – met inachtneming van de onderstaande adviesopmerkingen – zo spoedig mogelijk vast te stellen en binnen afzienbare tijd het Besluit toegelaten instellingen 2015 te vervangen door een nieuw besluit waarin de onder a. en b. genoemde gebreken zijn hersteld.

4. Toegelaten instellingen uitgezonderd van vermogensscheiding

Zoals hiervoor onder paragraaf 2 is opgemerkt, wordt met de gewijzigde Woningwet en het ontwerpbesluit beoogd de nationale bepalingen inzake het volkshuisvestingbeleid in overeenstemming te brengen met de Europeesrechtelijke bepalingen inzake staatssteun.

Bij besluit van 15 december 2009 heeft de Europese Commissie bepaald onder welke voorwaarden zij het Nederlandse stelsel van volkshuisvesting in overeenstemming acht met de Europese staatssteunregels. Dit betekent onder meer dat de opbrengsten en kosten van maatschappelijke activiteiten (met staatssteun) enerzijds en commerciële activiteiten (zonder staatssteun) van toegelaten instellingen dienen te worden gescheiden overeenkomstig de transparantierichtlijn.[28] De transparantierichtlijn verplicht tot een gescheiden boekhouding. Het gaat er hierbij om dat:

a) de interne rekeningen voor de verschillende activiteiten gescheiden zijn;
b) alle kosten en opbrengsten, op grond van consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen beginselen inzake kostprijsadministratie, correct worden toegerekend;
c) de beginselen inzake kostprijsadministratie volgens welke de gescheiden boekhouding wordt gevoerd, duidelijk zijn vastgelegd.[29]

In afwijking van het uitgangspunt om de opbrengsten en kosten van maatschappelijke activiteiten en commerciële activiteiten van elkaar te scheiden, bepaalt artikel 49, eerste lid, tweede volzin, van de wet dat deze verplichting niet van toepassing is, indien:

a. de totale netto jaaromzet van een toegelaten instelling minder dan € 30 miljoen heeft bedragen gedurende twee boekjaren, en het aandeel in die omzet van haar werkzaamheden die niet behoren tot de diensten van algemeen economisch belang in die jaren minder was dan 5%, en
b. in enig boekjaar het aandeel van haar investeringen in werkzaamheden die niet behoren tot de diensten van algemeen economisch belang in het totaal van haar investeringen minder was dan 10%.

---

[28] Overweging 106 jo 43 van EC-Besluit C (2009) 9963. Ook artikel 5, negende lid, van Besluit 2012/21/EU bepaalt dat wanneer een onderneming activiteiten verricht die zowel binnen als buiten de dienst van algemeen economisch belang vallen, in de interne boekhouding de met de dienst van algemeen economisch belang verband houdende kosten en inkomsten, en die van de andere diensten, gescheiden worden opgenomen, alsook de parameters voor de toerekening van die kosten en inkomsten.

[29] Artikel 4, eerste lid, Richtlijn 2006/111/EG.

Het ontwerpbesluit bepaalt thans: De toegelaten instellingen op welke artikel 49, eerste lid, eerste volzin, van de wet ingevolge de tweede volzin van dat lid niet van toepassing is, delen door middel van het opstellen van een kostenverdeelstaat jaarlijks hun baten en lasten toe aan werkzaamheden die behoren respectievelijk niet behoren tot de diensten van algemeen economisch belang. Daarbij maken zij inzichtelijk dat de compensatie uitsluitend ten goede is gekomen aan werkzaamheden die behoren tot de diensten van algemeen economisch belang.[30]

Dit roept de vraag op in hoeverre het ontwerpbesluit in samenhang met de wet tegemoet komt aan het besluit van de Europese Commissie van 15 december 2009 en het bepaalde in de transparantierichtlijn. Daarbij wijst de Afdeling erop dat de regering eerder overleg heeft gehad met de Europese Commissie over de vraag of ten aanzien van de toegelaten instellingen de in de transparantierichtlijn genoemde uitzondering op de verplichting tot het voeren van een gescheiden boekhouding bij een nettojaaromzet van minder dan € 40 miljoen van toepassing is. De Commissie heeft echter aangegeven dat deze omzetgrens niet van toepassing is, als zij specifieke besluiten neemt, wat ten aanzien van de toegelaten instellingen het geval is. De regering heeft desondanks bij de Commissie ingebracht of zij aan een wens van de regering tot invoering van een dergelijke grens tegemoet zou willen komen. De Commissie heeft hier afwijzend op gereageerd, onder andere omdat daarmee circa 75% van de toegelaten instellingen buiten het voorschrift van de administratieve scheiding zou vallen.[31]

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

5. <u>Achterlaten van herstructureringskosten in de DAEB tak</u>

Ingevolge het ontwerpbesluit kunnen in geval van herstructurering bepaalde kosten die worden gemaakt om de grond bouwrijp te maken (voor een deel) worden gedragen door de DAEB tak.[32] Dit betreft kosten zoals afboeking van het bestaande DAEB bezit, het slopen van dat bezit en het bouwrijp maken van de grond. Ook de kosten van aankoop van particuliere huurwoningen in de gereguleerde sector vallen hieronder. Vervolgens moet de bouwrijp gemaakte grond tegen betaling van de marktwaarde, op residuele wijze bepaald uitgaande van de niet-DAEB bestemming van de grond, overgaan van de DAEB tak naar de niet-DAEB tak. De DAEB tak draagt dan de kosten tot en met het bouwrijp maken van de grond verminderd met de marktwaarde van de grond, en de niet-DAEB tak de kosten ter hoogte van de marktwaarde van de grond. Hierbij geldt als beperking, dat de genoemde in de DAEB tak te nemen kosten in een bepaald herstructureringsgebied per 10 jaren maximaal 5% van de WOZ-waarde van daar aanwezige DAEB woningen mag zijn.[33] Deze beperking geldt echter niet voor Rotterdam-Zuid en de krimpgebieden. Dit, aldus de toelichting, omdat de maatschappelijk gewenste herstructureringsactiviteiten in deze gebieden anders ongewenst zouden worden beperkt.

---

[30] Artikel 59, eerste lid.
[31] Kamerstukken II 2014/15, 33 966, nr. 11, blz. 35.
[32] Artikel 64.
[33] Artikel 64, tweede lid.

Door de kosten van herstructurering achter te laten in de DAEB tak profiteert de niet-DAEB tak van een waardevermeerdering van de grond ten laste van de met staatsmiddelen bekostigde DAEB tak. In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag waarom hier geen sprake zou zijn van staatssteun ten aanzien van de niet-DAEB tak (kruissubsidiëring), dan wel op grond van welke juridische argumentatie het achterlaten van de herstructureringskosten in de DAEB tak kan worden gerechtvaardigd. Dit geldt in het bijzonder voor Rotterdam-Zuid en de krimpgebieden, omdat in deze gevallen de bovengenoemde kosten van herstructurering volledig ten laste van de DAEB tak mogen worden gebracht. De Afdeling wijst hierbij op het besluit van de Commissie van 15 december 2009, waarin wordt aangegeven dat activiteiten die niet behoren tot de openbaredienstactiviteiten in geen geval voor steun in aanmerking komen.[34] Verder verwijst de Afdeling naar artikel 2, eerste lid, onderdelen a en c, van het besluit van de Commissie van 20 december 2011. Mogelijk is de in deze bepaling genoemde compensatie van maximaal € 15 miljoen of de compensatie voor “sociale huisvesting en de zorg voor een sociale inclusie voor kwetsbare groepen” op de herstructureringskosten toepasbaar.[35] Voor zover deze kosten niet onder de compensatieregeling op basis van *bestaande* steun, zoals opgenomen in het besluit van de Europese Commissie van 15 december 2009 zouden vallen, of onder artikel 2 van het besluit van de Commissie van 20 december 2011, wijst de Afdeling er op dat, als in dit geval sprake zou zijn van een *nieuwe* steunmaatregel, deze op grond van artikel 108, derde lid, VWEU, bij de Europese Commissie moet worden aangemeld, maar mogelijk voor een individuele ontheffing in aanmerking komt.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

6. Eisen inzake geschiktheid en betrouwbaarheid

De toegelaten instelling verzoekt de Minister voor Wonen en Rijksdienst om zijn zienswijze op de geschiktheid van voor het lidmaatschap van het bestuur respectievelijk de raad van toezicht te benoemen personen en de betrouwbaarheid van die personen.[36] Een benoeming zonder positieve zienswijze van de Minister is strijdig met het belang van de volkshuisvesting. Het ontwerpbesluit bepaalt dat de zienswijze,[37] in elk geval betrekking heeft op a. de geschiktheid van de beoogde bestuurder of commissaris, blijkend uit diens opleiding, diens werkervaring en de competenties genoemd in bijlage 1 bij het ontwerpbesluit, en b. de betrouwbaarheid van de beoogde bestuurder of commissaris, blijkend uit diens handelen of nalaten of voornemens daartoe en uit de antecedenten, genoemd in bijlage 2 bij het ontwerpbesluit.[38] Het ontwerpbesluit benoemt de competenties en de antecedenten op basis waarvan de geschiktheid en betrouwbaarheid van de beoogde bestuurder of commissaris worden beoordeeld. De Minister betrekt bij zijn zienswijze de aard en zwaarte van de functie waarvoor de beoogde bestuurder of commissaris in aanmerking wordt gebracht, en de aard en de omvang van de werkzaamheden van de toegelaten

---

[34] Overweging 42 van Besluit van de Commissie van 15 december 2009.

[35] In de beschikking van 28 november 2005 is sprake van 30 miljoen euro en van “woningcorporaties”. Dit laatste begrip wordt in overweging 16 van de beschikking van 28 november 2005 nader omschreven, maar het is onduidelijk of deze omschrijving dezelfde lading dekt als het bepaalde in artikel 2 onder c van het Besluit van 20 december 2011 juncto overweging 11 van dit laatste besluit.

[36] Ingevolge artikel 25, tweede lid, en artikel 30, derde lid, Woningwet.

[37] Bedoeld in de artikelen 25, tweede lid en 30, derde lid van de wet.

[38] Artikel 18, eerste lid.

instelling.[39] De Minister is dus mede verantwoordelijk voor de samenstelling van het bestuur en de raden van toezicht van de ongeveer 400 woningcorporaties in Nederland.

De Afdeling merkt op dat de in bijlage 1 bij het ontwerpbesluit genoemde competenties eisen zijn die in de praktijk van het werven en aanstellen van bestuurders en commissarissen door toegelaten instellingen adequaat kunnen zijn. Met het oog op de verantwoordelijkheid van de Minister echter, merkt de Afdeling op dat genoemde competenties geen heldere, objectieve eisen zijn die voor de Minister bij het uitoefenen van preventief toezicht eenvoudig toetsbaar zijn. Zo is het de vraag hoe door de toezichthouder kan worden beoordeeld dat een bestuurder, ondanks druk van anderen, vasthoudt aan zijn/haar professionele principes of voldoende authentiek is, hetgeen onder meer blijkt uit het consistent denken en doen en de open communicatie van intenties, ideeën en gevoelens. In het kader van het preventief toezicht zou de verantwoordelijkheid van de Minister beperkt moeten worden tot criteria die helder en objectief toetsbaar zijn.

De Afdeling adviseert heldere en objectief toetsbare geschiktheids- en deskundigheidseisen voor bestuurders en commissarissen op te stellen en het ontwerpbesluit daarop aan te passen.

7. <u>Informatieverplichting van raad van toezicht aan minister</u>

Het ontwerpbesluit bepaalt dat de raad van toezicht de minister schriftelijk op de hoogte stelt van zijn werkzaamheden ter uitoefening van zijn taak:

a. indien naar zijn oordeel of dat van Onze Minister sprake is van door de betrokken toegelaten instelling berokkende schade of mogelijke schade aan het belang van de volkshuisvesting die zij niet binnen een afzienbare termijn kan herstellen respectievelijk voorkomen;
b. indien sprake is van een onoverbrugbaar geschil tussen het bestuur en de raad van toezicht van de toegelaten instelling of tussen de toegelaten instelling en een dochtermaatschappij;
c. indien naar zijn oordeel twijfel bestaat aan de rechtmatigheid van het handelen of nalaten, de governance of de integriteit van beleid en beheer van de toegelaten instelling, en het bestuur die twijfel niet heeft weggenomen of
d. indien sprake is van liquiditeits- of solvabiliteitsproblemen in de toegelaten instelling of een dochtermaatschappij van die toegelaten instelling.[40]

Het artikel vormt een uitwerking van artikel 31, vierde lid, Woningwet, dat bij amendement in de wet is opgenomen.[41] Met dit amendement is beoogd een actieve informatieplicht tussen het interne toezicht en het externe toezicht te bewerkstelligen. Volgens de toelichting bij het ontwerpbesluit ziet de bepaling erop dat de raad van toezicht een aparte verantwoordelijkheid heeft richting de toezichthouder. Dit laat onverlet dat de toegelaten instelling, in casu de bestuurder, tevens een meldingsplicht heeft. Vanuit zijn primaire verantwoordelijkheid voor de gang van zaken binnen de toegelaten instelling oordeelt en handelt de raad van toezicht wanneer hij dat nodig acht. Indien de raad bij (dreigende) problemen van mening is dat deze niet binnen de

---
[39] Artikel 18, tweede lid.
[40] Artikel 27.
[41] Kamerstukken II 2011/12, 32 769, nr. 59.

instelling zelf kunnen worden opgelost en waarvan het bestuur van de instelling niet zelf de toezichthouder informeert, dan dient hij deze te melden aan de toezichthouder. Deze kan dan zo nodig (aanvullende) maatregelen nemen om de problemen aan te pakken. Ook informeert de raad van toezicht de toezichthouder indien sprake is van een onoverbrugbaar geschil met het bestuur en bij liquiditeits- en solvabiliteitsproblemen in de toegelaten instelling.

De voorgestelde informatieplicht past bij het standpunt van de Ministeriële Commissie Vernieuwing Publieke Belangen (hierna: commissie), die zich onder meer heeft bezig gehouden met de governance in de semipublieke sector.[42] De commissie is van oordeel dat de verschillende actoren zoals de interne en de externe toezichthouder hun eigen rol goed en effectief moeten invullen. Voor het goed functioneren van de interne toezichthouder acht de commissie het van belang de interne toezichthouder beter te positioneren. Daartoe wordt onder meer wettelijk vastgelegd wat de taak is en welke wettelijke aansprakelijkheid een interne toezichthouder heeft als hij die taak onbehoorlijk vervult.[43] Ook is de commissie van oordeel dat interne toezichthouders primair het publieke belang en de dienstverlening aan de burger dienen en niet het belang van de instelling. Vanuit die gedachte wordt de interactie tussen de interne en externe toezichthouder versterkt in het onderwijs en in de volkshuisvesting, door een informatieplicht op te leggen aan de interne toezichthouder.

Over deze informatieplicht van de interne toezichthouder merkt de Afdeling het volgende op. Voor rechtspersonen geldt dat de interne toezichthouder een orgaan van de betreffende rechtspersoon is en dat de interne toezichthouder het belang van die rechtspersoon voorop stelt. Voor naamloze en besloten vennootschappen is dat als zodanig vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek (BW).[44] Voor stichtingen en verenigingen wordt eveneens aan een wetsvoorstel gewerkt waarin dit wordt vastgelegd.[45] Het bestuur van de rechtspersoon draagt er zorg voor dat de rechtspersoon aan de wettelijke eisen voldoet. De interne toezichthouder controleert het bestuur. Als de interne toezichthouder vaststelt dat de rechtspersoon niet voldoet aan de wettelijke eisen, dient hij het bestuur daarop aan te spreken. Bij een vermoeden van ongeregeldheden gaat de interne toezichthouder op onderzoek uit en als sprake is van ernstige problemen binnen of met het bestuur staan de interne toezichthouder diverse bevoegdheden ter beschikking, zoals het schorsen of ontslaan van een bestuurder. Op deze wijze geeft de interne toezichthouder invulling aan de verantwoordelijkheid die hij dient te dragen. Daarmee is tevens sprake van interne checks and balances bij de rechtspersoon.

In de semipublieke sector ligt het voor de hand dat het belang van de privaatrechtelijke rechtspersoon nauw verband houdt met een publiek belang, bijvoorbeeld omdat de

---

[42] Zie de brief van minister Kamp namens de regering aan de Tweede Kamer d.d. 28 november 2014, Kamerstukken II 2014/15, 33 822, nr. 4.

[43] Zie het ambtelijk voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, zoals dat op 6 februari 2014 in consultatie is gebracht, waarin voor verenigingen en stichtingen is voorgesteld om, op dezelfde wijze als voor NV's en BV's, te regelen dat bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de met die rechtspersoon verbonden organisatie. Het conceptwetsvoorstel lijkt op dit punt strijdig met het standpunt van het kabinet, zoals blijkt uit de brief van minister Kamp, dat de interne toezichthouder primair het publieke belang en de dienstverlening aan de burger dient en niet het belang van de instelling.

[44] Zie artikel 2:140/250, tweede lid, BW.

[45] Zie het ambtelijk voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, zoals dat op 6 februari 2014 in consultatie is gebracht.

rechtspersoon belast is met een wettelijke taak. Uit het feit dat de privaatrechtelijke rechtspersoon een publiek belang dient, kan echter niet worden afgeleid dat de interne toezichthouder primair het publieke belang en de dienstverlening aan de burger dient. Van een interne toezichthouder bij een privaatrechtelijk rechtspersoon kan immers niet worden verlangd dat hij het belang van de rechtspersoon ondergeschikt maakt aan het publieke belang. Een dergelijk standpunt staat op gespannen voet met de wijze waarop het rechtspersonenrecht is ingericht en is onverenigbaar met de wijze waarop in onze samenleving inhoud is gegeven aan de vrijheid en autonomie van personen, die daartoe privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen oprichten. Bovendien is daarmee miskend dat het interne toezicht een eigen functie heeft, die met dit voorstel wordt ondermijnd. Het feit dat sprake is van een privaatrechtelijke rechtspersoon met een publieke taak die (deels) met publiek geld wordt gefinancierd, maakt dit niet anders.

Bij privaatrechtelijke rechtspersonen in de semipublieke sector wordt het publieke belang gediend door te voldoen aan het statutaire doel, aangezien daarin in de regel het publieke belang verweven is.[46] Het bestuur en de interne toezichthouder bewegen zich binnen deze statutaire grenzen. De overheid controleert of de middelen die het de privaatrechtelijke rechtspersoon geeft, zijn besteed volgens de geldende (administratieve en financiële) voorwaarden en conform dit statutaire doel. Daarbij kan de overheid subsidie- of bekostigingsvoorwaarden stellen ter controle van de besteding van publieke middelen, hetgeen doorgaans ook geschiedt.

Als een interne toezichthouder zich niet primair kan richten op het belang van de rechtspersoon, komt bovendien zijn relatie met het bestuur van de rechtspersoon en de stakeholders onder druk te staan. Het risico bestaat immers dat zij verschillende belangen dienen, waardoor het bestuur en de interne toezichthouder elkaar kunnen gaan tegenwerken. Bijvoorbeeld doordat het bestuur de interne toezichthouder niet volledig informeert, wat ten koste zal gaan van zijn controlerende taak. De bevoegdheden van de interne toezichthouder zijn overigens ook niet afgestemd op die situatie.

De hier voorgestelde maatregel past dan ook niet bij de taak en verantwoordelijkheid van de interne toezichthouder binnen de rechtspersoon en deze kan zijn functioneren ernstig bemoeilijken. De raad van toezicht dient jegens het bestuur op te treden indien het bestuur het belang van de volkshuisvesting niet in acht neemt, twijfel bestaat aan de rechtmatigheid van het handelen of nalaten, de governance of de integriteit van beleid en beheer en indien er sprake is van liquiditeits- of solvabiliteitsproblemen. Indien zijn bevoegdheden jegens het bestuur niet toereikend blijken of indien er andere redenen zijn om de externe toezichthouder te betrekken kan de raad van toezicht zich tot de externe toezichthouder wenden. Of en wanneer dit geschiedt, dient evenwel aan de interne toezichthouder te worden overgelaten en dient niet bij wettelijk voorschrift te worden vastgelegd.

De Afdeling adviseert het ontwerpbesluit aan te passen en bij de Tweede Kamer een voorstel aanhangig te maken tot wijziging van artikel 31, vierde lid, Woningwet.

8. Verhouding tussen de minister en de Autoriteit woningcorporaties

[46] Zie ook artikel 19, eerste lid, Woningwet.

Ingevolge artikel 116 van het ontwerpbesluit verleent de minister mandaat aan de Autoriteit woningcorporaties van zijn in dat artikel genoemde bevoegdheden.

Dit hangt samen met verschillende wettelijke bepalingen betreffende de positie van de Autoriteit. Artikel 60, eerste lid, van de Woningwet bepaalt: Er is een Autoriteit woningcorporaties, die onder Onze Minister ressorteert. Artikel 60, tweede lid, geeft aan dat de Minister met betrekking tot de uitoefening van de aan de autoriteit toekomende bevoegdheden uitsluitend in schriftelijke vorm zijn aanwijzingen geeft, onder mededeling daarvan aan beide kamers der Staten-Generaal. Artikel 61, eerste lid, bepaalt: Het toezicht op de toegelaten instellingen en de dochtermaatschappijen is opgedragen aan de Autoriteit. Artikel 61, vijfde lid, bepaalt: Onze Minister verleent de Autoriteit mandaat om de aanwijzingen te geven en de maatregelen te nemen, bedoeld in de artikelen 48, zevende lid, 61d tot en met 61g, 104a, eerste lid, 105, eerste lid, en 120b. Artikel 61b, eerste lid, bepaalt: De Autoriteit oefent het toezicht onafhankelijk van de ontwikkeling en de uitvoering van het rijksbeleid op het terrein van de toegelaten instellingen en de dochtermaatschappijen uit.

Deze bepalingen zijn in de wet opgenomen als gevolg van het amendement Verhoeven c.s.[47] Op grond van het wijzigingsvoorstel (de novelle) werd het toezicht belegd bij de minister. Daarbij werd enkel bepaald dat het toezicht onafhankelijk van de ontwikkeling en de uitvoering van het rijksbeleid op het terrein van de toegelaten instellingen en de dochtermaatschappijen zou worden uitgeoefend.[48] Het amendement is opgesteld met het oog op de onafhankelijke positionering en taakuitoefening van het toezicht, zonder af te (willen) doen aan de (volledige) verantwoordelijkheid van de minister.

De Afdeling merkt op dat artikel 116 van het ontwerpbesluit dwingend is geformuleerd. Dit artikel staat daarmee in de weg aan eventuele intrekking van het mandaat door de minister. Het ontwerpbesluit lijkt daarmee, evenals artikel 61, vijfde lid, Woningwet, uit te gaan van een onjuiste veronderstelling over de inhoud van een mandaat dan wel de toepassing daarvan, waardoor een onduidelijke situatie ontstaat met betrekking tot de vraag wie de wettelijke bevoegdheid kan uitoefenen en wie daarvoor verantwoordelijkheid draagt.[49]

Onder mandaat wordt overeenkomstig de Algemene wet bestuursrecht verstaan: de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen.[50] Het gaat om een publiekrechtelijke figuur van vertegenwoordiging. Voor het kunnen verlenen van een mandaat is in principe geen wettelijk voorschrift nodig. Een bestuursorgaan kan mandaat verlenen, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de bevoegdheid zich tegen mandaatverlening verzet.[51] De mandaatgever blijft daarbij bevoegd de gemandateerde bevoegdheid uit te oefenen.[52] Bovendien kan de mandaatgever het mandaat in principe te allen tijde intrekken.[53] Door in de Woningwet

---

47 Kamerstukken II 2014/15, 33 966, nr. 27.
48 Kamerstukken II 2013/14, 33 966, nr. 2, Artikel I, onderdeel AY.
49 Vergelijk het advies van de Afdeling inzake de Wijziging van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (verbetering vergunningverlening, toezicht en handhaving), Kamerstukken II 2013/14, 33 872, nr. 4, blz. 2-6.
50 Artikel 10:1 Awb.
51 Artikel 10:3 Awb. Zie 10:4 Awb wat betreft het mandaat aan iemand die geen ondergeschikte is.
52 Artikel 10:7 Awb.
53 Artikel 10:8 Awb.

en het ontwerpbesluit bepalingen op te nemen die de minister opdragen om mandaat te verlenen, staan deze bepalingen in de weg aan intrekking van het mandaat. Als de minister het mandaat niet kan intrekken, lijkt er geen sprake meer van bevoegdheidsuitoefening namens de minister. Als de bevoegdheid niet namens de minister wordt uitgeoefend en het niet de bedoeling is dat de minister de bevoegdheid zelf blijft uitoefenen, dient de bevoegdheid echter niet te worden gemandateerd, maar te worden geattribueerd.

Daarbij merkt de Afdeling – wellicht ten overvloede – op dat (ook) de attributie van bevoegdheden aan een ondergeschikte ambtenaar een uitzondering betreft en tot onduidelijkheid kan leiden over de relatie tussen de minister en de bevoegde ambtenaar en hun verantwoordelijkheden. Als het daadwerkelijk de bedoeling is dat bevoegdheden onafhankelijk van de minister worden uitgeoefend, ligt het niet in de rede deze aan een ondergeschikte ambtenaar toe te kennen, omdat de minister dan nog steeds algemene en individuele aanwijzingen kan geven aan de betreffende ambtenaar. Anderzijds brengt onafhankelijke uitoefening van bevoegdheden mee dat de minister (slechts) een systeemverantwoordelijkheid heeft en niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de uitoefening van bevoegdheden in individuele gevallen.

Gelet op het bovenstaande dient de regering opnieuw te bezien of het wenselijk is dat de toezichthouder namens de minister optreedt dan wel zelf verantwoordelijk is. Daarbij dient tevens rekening te worden gehouden met het feit dat in geval van mandaat de mandaatgever bevoegd blijft de gemandateerde bevoegdheid uit te oefenen.[54] Indien het wenselijk is dat de toezichthouder zelf verantwoordelijk is, dient te worden bezien in hoeverre de toezichthouder de toezichthoudende bevoegdheden onafhankelijk van de minister uitoefent.

De Afdeling adviseert om, gelet op het bovenstaande, het ontwerpbesluit aan te passen en bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel aanhangig te maken waarin de gemaakte keuzes op heldere en consequente wijze worden uitgewerkt.

9. <u>Gebruik Financieel Derivaten Toegelaten Instellingen</u>

De Afdeling merkt op dat op basis van de in te trekken *Beleidsregels gebruik financiële derivaten door toegelaten instellingen* toegelaten instellingen financiële derivaten uitsluitend mogen aantrekken om de opwaartse renterisico's van variabele leningen te beperken.[55] In het ontwerpbesluit wordt deze randvoorwaarde verzwaard doordat financiële derivaten alleen mogen worden aangetrokken ter hedging van variabele leningen die tegelijkertijd of eerder zijn aangetrokken. Dit betekent dat het aantrekken van een financieel derivaat om het opwaartse renterisico van een toekomstige variabele lening die in verband met een zekere investering in de nabije toekomst moet worden ingedekt, niet kan worden ingedekt. In de toelichting wordt op deze aanpassing ten opzichte van de beleidsregels niet ingegaan.

De Afdeling adviseert hier in de toelichting op in te gaan.

10. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

---

[54] Artikel 10:7 Awb.
[55] Artikel 4 Beleidsregels gebruik financiële derivaten door toegelaten instellingen volkshuisvesting.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging in dezen een besluit te nemen, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W04.15.0089/I

- Artikel 28, eerste lid, wijzigen in:
  1. Op de jaarrekening, bedoeld in artikel 35, eerste lid, van de wet, en het jaarverslag, bedoeld in artikel 36, eerste lid, van de wet zijn niet van toepassing de volgende artikelen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek:
     a. 361 lid 2 eerste volzin, zinsnede “en de in artikel 360 lid 3 bedoelde stichtingen en verenigingen”;
     b. 362 lid 7 eerste volzin en tweede volzin vanaf “omschreven”, en leden 8 en 9;
     c. 373 lid 5;
     d. 378 leden 2, 3 en 4;
     e. 383a;
     f. 384 lid 1 tweede volzin, voor zover die volzin betrekking heeft op de waardering van onroerende zaken;
     g. 384 lid 6, voor zover dat lid betrekking heeft op de waardering van onroerende zaken;
     h. 388, voor zover dat artikel betrekking heeft op de waardering van onroerende zaken ;
     i. 389 leden 4 en 5;
     j. 391 lid 1 vijfde volzin vanaf “gesteld”;
     k. 392 lid 1 onder a en e, en leden 3, 4 en 5;
     l. 394 lid 1 tweede volzin, zinsnede “of, als dat niet is vervaardigd, een exemplaar in het Frans, Duits of Engels,”, en lid 4 eerste volzin, zinsnede “de zelfde taal of” en tweede volzin, zinsnede “a,”;
     m. 395 lid 2 vierde volzin;
     n. 396 leden 6 tot en met 9;
     o. 397 lid 7, zinsnede “en lid 3,”;
     p. 398 leden 3 en 5;
     q. 406 leden 3, 4 en 5;
     r. 408 lid 1 onder d en e en
     s. 414 lid 5.
- In artikel 32, eerste lid, onderdeel b, ‘niet’ schrappen.
- Artikel 38, tweede lid, schrappen. De termijn bedoeld in artikel 44, vijfde lid, Woningwet kan niet worden verlengd, indien artikel 44 zelf daar geen grondslag voor biedt.
- Artikel 56, eerste lid, onder a, spatie tussen ‘portefeuille’ en ‘had’.
- In artikel 60, vijfde lid, artikel 63, vierde lid en artikel 64, vijfde lid, ‘een gemeente is als genoemd in artikel 1.11, tweede lid, onderdeel a, van de Wet maatregelen woningmarkt II, of een deelgemeente van de gemeente Rotterdam is als genoemd in artikel 1.11, tweede lid, onderdeel b, van die wet’ vervangen door: een gemeente is als genoemd in artikel 1.11, tweede lid, onder b, van de Wet maatregelen woningmarkt II, of een deelgemeente van de gemeente Rotterdam is als genoemd in artikel 1.11, tweede lid, onderdeel a, van die wet.
- Artikel 108, eerste lid, onderdeel c, spatie tussen ‘artikel’ en ‘58’.
- In artikel 101, eerste lid, onderdeel a, ‘van de wet’ schrappen.
- In artikel 122, ook artikel 21, tweede lid, onderdeel b, aanpassen.